IESVS, MARIA, IOSEPH.

POR DON PEDRO DE ALTARRIBA, Y ALAGON SEÑOR DE HVERTO.

En la causa de Alfocea.



A dado ocasion la vltima duda a examinar, si la condicion *de morir M. menor de edad, y sin hijos legitimos, y descendientes de ellos legitimos.* Se ha de entender copulatiuè (como pretendemos) ó alternatiuè recedendo a proprietate verborum, ex verosimilimẽte testatoris, y en terminos de derecho, si ha de ser solamente substitucion pupilar, ò post pubertatem fideicommissaria. Cuya materia (dixo *Corne. in l. precibus, C. de impub. & al.) Quod est magis in vsu, quam aliqua alia, & magis plena contrarys, & Iasson in rub. D. de vulg. & pupill. Quod est subtilis, & in ea sunt subtilitates sine numero.*

Contra la copulatiua se pondera, quod propter incompatibilitatem copulatiua resoluitur in disiunctiuam contra proprietatem verborum, *l. si Ticio fundus, D. de vsufr. leg. & ibi Bartol. Petr. Stella in repet. ad text. in l. si duo ,us, §. si prius, D. de bon. poss. contr. tabull. num. 36. Oldrad. cons. 168. num. 8. Ludouis. Roman. cons. 480. num. 4. Mandos. in glos. facult. §. & proprium in vers & pag. 312. Cenedo singul. 50. num. 7. Rota, Farinaci.*

rinaci.decis.584.num. 4. *lib.* 2. *postl.un ar. Portol. de consort.cap.*1.*num.*10.Sed pupilli dici non possunt sine filijs legitimis decedere, in terminis quæstionis,*G.s. in l.precibus,verb.fide.commissi, C.de impub. Ioan.Andr.in cap. si pater de testam. Ripa in l. centurio. num.* 144.& 94.*vers.contrar. um D.de vulg.& pupill.* vbi: *Nec mihi possunt persuadere, quod testator se restrinxerit ad filios, quos pupillus in pupillare ætate procreare nisi miraculose non potest.Bald.in l.ex tribus num.*4. *C.de inoffic.testam. Fusarius de fideicom.si.bst. quæst.* 455.*num.*22.*iuncto num.* 6. qui venit exponendus ex sententia aliorum ne sibi sit contrarius *in quæst.* 111. & 433.*vbi contrarium probauit Portol. verb. alternatiua in fine.Oldrad.cons.*99 quidam testator, *Sforcia, Odd.cons.*56.*Nobilis vir num.*20. & 21. *Corneus cons.* 173 *num.*3.*Me subscripf. vol.*1.*Paris.cons.*73.*ista substitutio.nu.*25.*lib.*2. *Ruin. cons.*103.*nu.*23.*vol.* 2. *Decian. cons.*82.& quia præsens,*num.*.27. *lib.* 3. Y assi la condicion *si sine liberis*, junta alia *si in minori ætate decesserit*, incluye la substitucion pupilar, y la haze fideicomissaria post pubertatem, inpropriando la letra por la incompatibilidad, y de esse modo ex necessitate sumitur alternatiue.

Reconociendo otros Doctores, que condescienden con la alternatiua, y substitucion fideicomissaria post pubertatem, que el argumento propuesto es erroneo, pues constará que los menores de 14.años pueden tener hijos, eligen otro medio, y dizen; que la condició *sine liberis*, si se junta con la otra *de morir menor de 14.años* es superflua, si se entiende copulatiué; quia secundum communem cursum naturę, qui decedit in pupillari ætate, nullus relinquere solet filios, y assi basta dezir *si muriere menor*. Pues no es verosimil q̃ el te-

stador

ftador se acordara, y comprehendiera los casos raros, y insolitos; Luego para euitar la superfluydad, y inuerosimilitud, deuemos interpretar alternatiuè, *si muriere menor, ò mayor sin hijos*. El principal autor de esta opinion es *Paul. de Castro cons. 4, substitutio praedicta. lib. 2. Franc. Curt. junior in l. precibus num. 66. in fine, C. de impub. & alijs subst. Couarrub. in cap. Rainuntius, §. 9. num. 2. vers. Duodecimo. de testamentis, Decius in l. generaliter. num. 1. C. de inst. & subst. Menoch. lib. 4. praes. 51. num.* 12. sibi contrarius *eod. lib. praesump. 34. num. 18. &* 19. *Intrigliol. de substitut. centur. 3. quaest. 4. num. 16. & sequentibus.* Vbi refert hanc esse communem opinionem. Sibi etiam contrarius *centur. 1. quaest. 86. num. 84. &* 85. *Portol. verb. alternatiua in fin.*

Vlterius se pondera, que el testador puso tres condiciones copulatiuè. La vltima que es morir sin descendientes de los hijos, no se puede entender copulatiuè; Ergo idem iudicandum de alijs conditionibus que erant vnitae cum ista, *Decius in l. generaliter num. 10 C. de impub. & alij subst.*

A estos fundamentos, y doctrinas se reduce lo que se trae por la opinion contraria: Pero sin embargo es mas cierto, y recebido en derecho, que las dos condiciones se han de verificar copulatiuè, muriendo los menores sin hijos in minori aetate; porque assi està decidido por derecho ciuil, y canonico; y en este Reyno por el *Fuero 4. de testament.* Y vltimamente està declarado en estos Tribunales en proprios terminos.

Prueuase de la *l. generaliter. 6. C. de instit. & subst. vbi si filius, vel filia intestatus, vel intestata, vel sine liberis, aut, sine testamento, vel sine nuptijs.* Decide, que no basta, que se verifique vna condicion alternatiuè, sino que es necessario, que se verifiquen todas co-

pu-

pulatiué, para que tenga lugar el substituto: no obstante la disjuntiua, *vel*, ergo aforciori in nostro cassu, vbi copulatiué concipitur. Idem probat, *l. Lucius Ticius* 85. *de hæred. inst. t. l. cum quidam*, 4. *C. de verb. signif. faciunt, l. cum auus. ff. de cond. & demonstrat. l. cum acutissimi. C. de fideicommiss. Decidit tex. in cap. si pater. de testament. in 6. & per eum tex. asserit, Socin. senior. in l. Centurio. num. 4. de vulg. & pupil. esse hoc puntum decissum.*

4 En el Reyno està declarado por el Fuero, la antigua 4. *de testament*. En donde dize, que si en el testamento se hallaran disjuntiuamente las condiciones, *Alguno mora menor de edad, ó intestado, ò sines fillos legitimos*, que se entiendan copulatiue, que es como dezir, que la condicion de morir menor si se junta con la otra, *sine filijs*, aunque se conciba alternatiuamente, no obstante, *que el Iuez deue estar a la carta*, como dize el Fuero, se ha de entender copulatiuè. De que se infiere, que si el fauor del grauado diò ocasion al fuero para estatuyr contra la letra, que se interpretaràn copulatiue las dos condiciones, aqui que obseruamos el rigor de la letra con el mismo fauor, como podemos interpretar con la contraria inteligencia.

5 A dos cosas atendiò la *l. generaliter*, y el fuero 4. a fauorecer el grauado, y los hijos; respecto del primero; quia conditiones semper apponuntur fabore grauati & in odium vocati, *Bart. in l. libertis. de cond. & demostrat. & vt asserit. Mant. decis.* 249. *nil est enim quod hominibus magis debeatur, quam vt liberum sit supremæ voluntatis arbitrium, l. 1. C. de sacros. Eccles.* Y si la alternatiua se interpreta contra el rigor de las palabras copulatiue, por el fauor del grauado: la copula-

pulatiua, no se deue interpretar alternatiue, in eius odium, *ex doctrina Bald. in l. terminato circa finem, C. de fructib. & litium expens. Sim. de Pratis lib. 2. Interprat. 3. dubit. 2. solut. 5. num. 38.* Quia tolerabilius est, vt verba frustratoria admitantur, quam vt indubio præsumatur hæres grauatus a testatore, prout statuit contra fideicommissum interminis *Alciat. cons. 36. num. 16. lib. 9.*

El segundo fauor, que considero la *l. generaliter*, y el fuero 4. fue el de los hijos, *ex l. cum auus, de conditiou. & demonstrat.* Y aunque algunos Doctores quisieron distingir, quod *l. generaliter* procedit fabore filiorum, quando scilicet deficit prima conditio, quia decedit hæres cum liberis, eorum fabore fit, vt nil intersit, quod ad impleantur, vel non alie conditiones, veluti, *si intestatus decedat*, quia tunc fabore filiorum fit resolutio conditionum in conjuntas, quamuis disjuntiuè appositarum: cæterum, quando succedit è conuerso, quod non adsint filij, & sic ad impletur prima conditio per eorum non existentiam; quãuis postea hæres decedat *intestatus*, vel *sine ætate testandi*, videtur non deuere fieri eam resolutionem in conjuntas, quia non est ille filiorum fabor.

Pero a esta consideracion respondieron interminis similibus, *Vinc. Franch. decis. 150. doctissime, & alegantissime, vt asserit Fontanella de pact. nuptial. cl. 4. gl. 24. a num. 70. cũ sequent. tom. 1. Mantica, decis. 247. num. 9. 10. & 11. quia cum fabore filiorum huiusmodi conditiones a principio intelligantur posita copulatiua, ab euentu non est judicandum, quia intellectus earum conditionum a lege atributus tempore facti testamenti, non debet mutari, ex euntu, qui sequitur post mortem testatoris, Bald. cons. 407. num. 14. lib. 1.*

 & ita

& ita Doct. communiter, in d. l. generaliter, ibi: *Cynus in vers. aut oratio est, tota conjunta. Rafael Fulgos. Paul. Castr. cum alijs allegatis a Mantica, d. decis. 249. num. 12.*

Et quod alternatiua fabore filiorum resoluatur in copulatiuam tenuerunt, preter supra allegatos; *Decius in d. l. generaliter, Mantica de conjectur. lib. 4. tit. 10. num. 29. quamplurimos referens Fusar. de substit. fideicom. q. 455. num. 17.*

Quando no nos fauoreciera el fuero, y el derecho, *Ciuili Dificile tamẽ est, atq. adeo impossibile euitare autoritatem Pontificis, in d. cap. si pater de testam. in 6. vt asserit Eman. a Costa, in d. cap. 3. part. ver. verbis. a nu.* 6. Vbi pro constanti, tradit, & decidit pro substitutione pupillari.

La razon que persuade mas, que en nuestro caso, la condicion, *sine liberis*, junta alia, *si decesserit in pupillari ætate*, se ha de entender copulatiue rigurosamente; es porq̃ pupilli possunt filios procreare. Salomon tuuo a Roboam de diez, o doze años, Achaz eiusdem ætatis a Ezechias, de otro de nueue años, *D. Gregor. lib. 4. dial. retulit. glos. in sum. 20. q. 1. alterum casum refert D. Hieronimus epist. 32. ad Vitalem Præsbiterum. Late Tiraquel. & aly allegati a Casanate, cons. 4. nu. 185. & in epit. allegationum, pro D. Garcia de Funes, & Villalpando, in causa de Quinto artic. 4. num. 133. Quibus addendi Menoch. lib. 4. præsumpt. 34. num. 18. & 19. Pe. Ferrer. in constit. Cataloniæ, glos. 1. num. 12. Nauar. cons. 39. num. 3. sub tit. de sponsal. in antiq. vbi refert puellam decem annorum in Regno Neapolitato peperise, Sanchez de matrimonio, lib. 7. disp. 104. nume. 29. Didac. Morlanes, in responso. pro D. Garcia de Funes, artic. 1. num. 172. & sequentibus, Ioann.*

Ioann. Gazo in responso. pro idem num. 1. *&* *pro eodẽ Puiueτino,num.*214. *& nu.*294. *Pineda in Monarch. Eccles. lib.*3.*cap.*22.§.4.*ante fin.* Y por esta razon dispone el derecho Canonico, que los menores de 14. años puedan contraer matrimonio, *malicia suplente ætate,cap.puberes.*3.*de spons. impub.* vnde per illum,*tex. resolbunt communiter Canonistæ validum esse matrimonium ante ætatem legitimam Couarr.de spons. part.*2. *cap.*5.*num.*3.*Costa in cap.si pater* §.1.*verb.impuberes. num.*8.*& seq.de testam.lib.*6.*Cenedo ad decretal.collect an.*18.*num.*2.*Basil. Ponze de Leon.de imped. matrim. cap.*32.§.5.*vers. Sed quæret.* cum alijs, quam plurimis quorum nomina longum esset recensère.

De esto se infiere claramente, que el primer fundamento de la opinion contraria que se fundò en la inposibilidad natural, es contra la verdad, y contra el comun sentir de los Doctores.

Sobre la po sibilidad natural, y la primera razon q̃ he pōderado se siguẽ dos reglas ciertas, y recebidas en este Reyno, quod a natura copulatiuæ non licet recedere; quia standum est literæ *Bart. in l.pen.num.*2. *C. de impub. & alys subst. Gutierez cons.*4. *num* 7. *&* 8. La segunda, quod Iudex in Aragonia debet seruare ea, quæ de iure naturali non sunt imposibilia, *Obs.* 1. *de equo vulneratur, Molin. in verb. Fori Aragonum, & in verbo.instrumentum,fol.*186. *& ibi Portol.a num.* 16. *vsq.ad num.*68. *Casanate,d.cons.*4.*nu.* 185.*vers.ideo.* Luego siendo posible, y de la letra el entenderse las dos condiciones copulatiuè ab ea interpretatione non est recedendum.

Maximè, quia etiam de iure pupilli dicuntur sine filis decedere, *Bartol. communiter receptus, in l.centurio,& ibi Iason,num* 33. *D. de vulg. plures congesit,*

Ca-

Casanate d. consf. 4. num. 188. sed plures alios Mantica de conjectu. vlti. volunt. lib. 11. tit. 1. num. 3. Y se colige del *tex. in l. credendum. § si vero maritus. Qui petant tutores, l. centurio de vulgar. & pup. vbi expresse glos. l. matres C. ad Trebelian. l. precibus C. de impuber. & ibi glos. & expresius text. in d. cap. si pater. de testam. in 6. Baldus in d. l. precibus*, vbi testatur conditionem, sine liberis, non solum pupillis conuenire, sed etiam esse quasi necessariam, quia illa verba non significant, quod posint liberos habere, sed simplicem abnegationem per dictionem *sine*, *Curc. iuni. in d. l. precibus*, & hoc fabore pupilli, vt ipse asserit; quod etiam tuetur Decian. nobis aliás contrarius, sed sibi potius, per hoc puntum, *consf. 82. a num. 27. tom. 3. eleganter Socin. consf. 35. numer. 6. & 7. vol. 3. & in d. l. centurio. num. 4. & ibidem Socin. iunior. numer. 227.* vt communem retulit, *Sforc. Odd. consf. 95. num. 41.*

Y esto procede mejor si se considera, que la condicion, *si sine liberis*, y la condicion *intestatus* equiparan los Doctores, prima intelligitur etiam de eo, qui habere liberos non potest; sicut altera de illo, qui testari non potest; en terminos de estatuto equiparan las dos condiciones en la forma dicha, *Decius in d. l. generaliter, Iason, & alij in d. l. centurio. Socin. dict. consf. 35. d. num. 6. & 7. cum alijs relatis a Casanate, consf. 4. num. 189.* Y es de consideracion, que la *glos. in d. l. precibus C. de impub.* sieta, q̃ si se atiẽde a las palabras (como ay obligacion en Aragon) essa condicion se deue verificar in pupilli ætate, prosequitur, *Costa in d. cap. si pater verb. verbis num. 1. & 2. Sforcia, consf. 56. num. 24. & sequent. Ioann. Campezius, in tract. quod stantibus masculis q. 43. num. 187. 188. prosecuntur late Merlan. & Gazo locis supra allegatis.*

Ni

Ni obstan las consideraciones que hazen los contrarios, de que conditio refertur ad casum qui potest esse, & non esse, y otras muchas; porque a todas satisfaze con erudicion *Fusar. de substit. quæst.* 240. omnino videndus.

A esto se añada *Decian.* qui reprehendit *glosam in d. l. precibus supra alleg. à num.* 28. En donde dize; que si se haze la substitucion pupilar con palabras directas, se ha de verificar la condicion in pupillari ætate: *quia cum clara sint non possunt alterare proprium significatum Nouicanc. cons.* 53. Y en Aragon omnes substitutiones sun directæ, *Mol. verb. apprehensio cum vulgat.*

Fauorece nuestro intento el auer repetido geminadas vezes el testador las dos condiciones, en cuyo caso, aunque para euitar repugnancia la copulatiua se resuelua en alternatiua, esta interpretacion cessa quando el testador geminadas vezes pronunciò la copulatiua, *Gozadin. cons.* 30. *num.* 3. *Pratis lib.* 1. *interpret.* 1. *dub.* 4. *s. l.* 7. *num.* 7. Porque entonces (como dixo *Alciat. cons.* 523. *num.* 4.) no se puede atribuir a impericia de el Notario, como se fundò *Castr.* traydo por contrario, en cuyo consejo por auerse dicho solamente vna vez la condicion, se atribuyô à descuydo, como se colige de *Paulo de Castro*; y con esso insinua, que la repeticion excluye la sospecha de la impericia, y establece la voluntad: Con que queda respondido, siendo el principal autor de la opinion contraria.

Es de grande consideracion la dottrina de Corneo, nobis aliàs contrarius, *cons.* 173. *volum.* 1. en donde dize, que si el comun estilo de hablar dà inteligencia para interpretarse, copulatiue es verdadera nuestra opinion. Y en Aragon està prouado esse estilo por los Nota-

tarios mas peritos que huuo en tiempo que se disputo esta materia en la causa de Sangarren, *in processu Ludouici Sanchez super aprehensione*, cuya relacion muy latamente y con erudicion refiere Diego Morlanes, *in respons. supra allegato nu.* 210. de quien lo tomò Casanate *en el consejo 4. nu.* cuyo lugar suplico se vea, para que se conozca el error que tuuo Portol. *verb. alternatiua in fine*, en no auerse certificado mas bien de la decision que alega, y de sus palabras se colige que no la vio.

Quando no tuuieramos tantas razones que establecieran nuestra opinion; la decision en terminos que trae Morlanes *vbi supra*, bastara para la conclusion desta causa, es en la misma causa de Sanguerren; y para desengaño de que passò lo contrario que quiso Portoles, referirè las palabras de Morlan. para los que no tuuieren essa alegacion. *Quæ opinio tandem etiam obtinuit cum in regio consil. 29. Apr. anno 1569. D. Franciscus à causa ceciderit, vt testis est publica, & notoria possessio in vim illius sententiæ, quæ in rem iudicatam transiens irretractabilis remansit, sicq; D. Ioannem de Mendoza, liberè possedisse Baroniam de Sanguerren, non solum quoad vincula antiqua sed & quoad nouiora parentis sui D. Ennici, qui eidem tantummodo substituere voluit, in minori ætate decedenti sine filijs, non in maiori inqua, licet sine eis diem vltimum obijt*, latè & erudite prosequitur pro confirmatione huius sententiæ. Y passando mas adelante en los *numer.* 219. y siguientes, dize. *Ex quibus non possum non mirari Hieronymum Port. aliàs fororum mirifice doctum, & exemplarium in vestigatorem acerrimum aprobasse opinionem Castrensis, & quod mirabilius esse existimo addit*

secun-

secundum hanc opinionem in Regno judicatum accepisse in causa de Sanguer. aduocatos vtriusque partis hoc indubitatum amplexos. Nec vnde acceperit, sic in Regno judicatum fuisse conycere possum; cum nec vlla vestigia huius rei judicatæ, apparere possit. Id autem non inspectis processibus forsam asseuerauit, cum eisdem visis contrarium constet, immo aduocatos ex parte D. Eluiræ contrarium allegasse, & probasse ac denum vicisse. Y por esso aduierte Casanate, *d. cons.* 4. cabe *a Portoles verb. alternatiua.*

Vlterius, abstrayendo las consideraciones particulares de nuestro caso, regulariter nuestra opinion tiene mas numero de Dotores, que la siguen *Sforci. vbi sup.* alegado por contrario, reconoce que es mas comun, in terminis allegati a Casanate, *cons.* 4. *num.* 186. *Fusar. de fideicom. su. st. q.* 433. refiere cinco Dotores, y dize que la aprouò in consulendo, y en la *q.* 111. refiere 23 lugares: Y assi por la autoridad y por los fundamentos es mas segura nuestra opinion.

Al segundo fundamento de la parte contraria se ha respondido con las consideraciones traydas, para fundar nuestra opinion; y no es de consideracion el argumento de superfluidad, quia debile, como considera *Casanate en el cons.* 4. latamente respõdi a este punto en la otra alegacion, por el señor de Huerto, y aña do a *Mantica, de tacit. & ambig. lib.* 2. *tit.* 12.

Ni obsta dezir, que aqui ay tres condiciones, copulatiue, la vltima de morir los hijos sin descendientes, no se puede entender copulatiue, como se ponderò arriba. Porque se responde con lo que trae *Casanate, cons.* 1. y con las consideraciones que auemos traydo en la otra condicion. Y quando confessemos, que no pue-

puede dexar de entenderse alternatiue, no es inconue niente que las dos condiciones se entiendan copulatiue, y esta alternatiue, in terminis *Mantica decis.* 247 & 249. Ex quibus firma manet nostra opinio. Salua censura.

Alastuey.